
OS PRINCÍPIOS E A IMPORTÂNCIA PRÁTICA DA REFLEXÃO TEÓRICA NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA: DESCONFIANDO DA SAÍDA FÁCIL

Francisco Alves Junior, Juiz de Direito e Professor da ESMESE

“Constituição é, nesse sentido, um espelho da publicidade e da realidade. Ela não é, porém, apenas o espelho. Ela é, se se permite uma metáfora, a própria fonte de luz. Ela tem, portanto, uma função diretiva eminente” (Peter Hârbele)

1. Introdução 2. Antítese jusnaturalismo x positivismo jurídico 3. O pós-positivismo 4. A tópica 5. A tópica “mitigada”: método hermenêutico-concretizador de Hesse e Müller 6. Hârbele e a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”: a conexão entre tópica e democracia 7. Os princípios na obra de Dworkin 8. Os princípios na obra de Alexy 9. A razão comunicativa de Harbemas 10. O paradigma pós-positivista 11. Um exemplo concreto: o problema da presunção de violência nos crimes sexuais em razão da idade da vítima 12. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo verificar se os esquemas clássicos de silogismo, aplicados pelo método positivista de interpretação jurídica, ainda respondem à demanda social por soluções justas.

Nesta seara, avulta a importância do estudo, identificação e reflexão teórica acerca dos princípios jurídicos, que passam a ocupar posição de destaque no cenário jurídico.

De fato, “sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo”¹. E forçoso é constatar que, de há muito,

Cada vez mais, juristas vindos de todos os cantos do horizonte recorrem aos princípios gerais de direito, que poderíamos aproximar do antigo jus gentium e que encontrariam no consenso da humanidade civilizada seu fundamento efetivo e suficiente. O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explicita ou implicitamente,

pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo Poder Legislativo, prova a natureza insuficiente da construção Kelseniana que faz a validade de toda regra de Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tirariam, todos, sua vontade de uma norma suprema pressuposta².

Tal reflexão se mostra necessária na medida em que propicia a crítica do sistema normativo posto, viabilizando a reconstrução da coerência esperada do mesmo, sempre a partir do viés constitucional, com vistas à construção mais justa para o caso concreto.

O estudo se volta para análise da evolução do pensamento jurídico contemporâneo, procurando sintetizar suas principais correntes, partindo da antítese entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico e chegando ao atual momento de dupla ruptura epistemológica, que se convencionou chamar pós-positivismo.

A hipótese é de que não é mais possível a aplicação do Direito positivo com base em pura lógica formal, sendo fundamental para a praxe jurídica a reflexão teórica concatenada com as modernas teorias que tentam explicar o Direito contemporâneo, em busca da racionalidade prática, sob pena de frustração das expectativas normativas que emergem da sociedade plural e hipercomplexa em que vivemos.

2. ANTÍTESE JUSNATURALISMO X POSITIVISMO JURÍDICO

O movimento positivista, aflorado a partir da vitória da Escola Histórica do Direito, surge como antítese ao jusnaturalismo³. Esta reação se dá a partir do momento em que o mundo ocidental mergulha no extremo desenvolvimento das ciências exatas ou da natureza. O problema do método se mostra com vigor, exigindo das disciplinas aspirantes ao modelo de cientificidade vigente o distanciamento do sujeito cognoscente para com o objeto cognoscitivo.

A Escola Histórica do Direito, cujo principal expoente foi Savigny, inaugura um pensamento marcado pela individualidade e variedade do homem, irracionalidade das forças históricas, pessimismo antropológico, amor pelo passado e sentido da tradição⁴.

O jusnaturalismo, ou doutrina do Direito Natural, apoiado em bases absolutas de validade do Direito, a partir da concepção metafísica de matriz supra-humana ou supra-legal, de caráter divino, racional ou justo,

não se afeiçoava às exigências de neutralidade e rigor metodológico então exigidas.

Se o Direito, para o jusnaturalismo, era justificado a partir da natureza divina, da razão ou da idéia de justiça, não se observava nos diversos ordenamentos uma correspondência de univocidade confirmadora da tese. A reação imediata a ordenamentos que não comportassem os ideais de Justiça da mencionada escola não eram reconhecidos como jurídicos. Tal estado de coisas levou ao questionamento formulado pelo juspositivismo. O jusnaturalismo, destarte, entra em crise a partir da crítica juspositivista.

Tal doutrina vê na lei formalmente editada a justificativa do Direito. O Direito seria o que é lei. “O positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”⁵. Lembra Cláudio Pereira de Souza Neto que:

Tal como ocorria na obra de Hobbes, o bom e o justo são identificados com o legal, não existindo qualquer critério externo para a aferição da legitimidade da lei positiva. Daí resulta que o juiz deve aplicar a lei de acordo com a vontade do legislador. De outra forma, o ideal de autonomia estaria maculado. Se o juiz realiza sobre o texto legal uma interpretação construtiva, para esta concepção, está sujeitando o jurisdicionado a uma norma que não resultou de sua vontade, mas sim da vontade particular do juiz. Isso gera, portanto, uma situação imoral de heteronomia.

*Daí resulta também um forte apego ao princípio da segurança jurídica, tão caro a uma sociedade onde a previsibilidade da atuação estatal, bem como o respeito aos contratos, é requisito fundamental para o desenvolvimento das atividades produtivas.*⁶

No limite, a idéia de Justiça resultou estranha à ciência do Direito e a evolução da doutrina apontou para os normativismos de Kelsen e Hart.

Kelsen formulou a sua Teoria Pura do Direito, afirmando categoricamente ser este um sistema normativo lastreado no pressuposto lógico-hipotético, representado pela norma fundamental, norma que não teria bases metafísicas ou suprajurídicas, mas encontraria a sua raiz dentro da própria lógica do sistema.

Na concepção positivista, todo o sistema jurídico encontra-se estratificado, contendo séries de normas escalonadas hierarquicamente, segundo critérios de supra-infra-ordenação, de modo que cada norma tem seu fundamento de validade em outra norma que lhe é superior, ao mesmo tempo em que serve de fundamento para uma terceira norma,

inferior a si própria⁷.

As normas de mais alta hierarquia encontram-se na Constituição do país, a qual encontra seu fundamento de validade em uma outra Constituição anterior, que por sua vez encontra fundamento de validade em uma outra constituição, ainda mais anterior, num processo regressivo que atinge a primeira Constituição histórica, resumindo-se a norma fundamental no seguinte enunciado: “devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve”⁸.

Explicava o mestre de Viena que “A ordem jurídica determina c que a conduta dos homens deve ser. É um sistema de normas, uma ordem normativa [...] A sua existência é independente da sua conformidade ou não conformidade com a Justiça ou o Direito ‘natural’”⁹. E arrematava: “A teoria pura recusa-se a ser uma metafísica do Direito”¹⁰.

Desta forma, a teoria pura kelseniana se coadunava com as aspirações de cientificidade, numa ótica fulcrada no modelo cartesiano de pensamento, sendo marcantes o silogismo e a lógica formal.

Mas Kelsen não desconhecia a possibilidade do seu método esbarrar em conteúdos interpretativos diversos, possíveis diante da análise do texto positivo. Acontece que, diante destas várias possibilidades, o aplicador da norma haveria de escolher uma delas, sem qualquer critério ao qual se reconhecesse a qualidade de jurídico, movendo-se discricionariamente dentro da chamada “moldura” da norma. A decisão judicial, neste ponto, seria um ato de vontade, guiado por fatores sociais, políticos, econômicos e até psicológicos, mas fugindo completamente ao terreno jurídico, de sorte que se opera a exclusão do conteúdo material das normas do objeto da ciência do Direito.

*O direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentre deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível [...] Só que, de um ponto de vista orientado pelo Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscrita na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra. Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como ‘correta’ – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.*¹¹

Esta noção de decisão como ato de vontade, balizado apenas pelos limites textuais da norma posta, a qual possuiria assim uma “textura aber-

ta”, reaparece na obra de Hart, que afirma:

*A textura aberta do Direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais e ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.*¹²

Tais concepções do Direito entram em crise a partir do momento em que, ainda que involuntariamente, foram usadas para fundamentar intelectualmente regimes totalitários de inspiração nazi-facista.

O positivismo se revela, então, insuficiente para dar conta da hipercomplexidade social contemporânea, marcada pelo pluralismo cultural e econômico, surgindo a necessidade de um novo paradigma¹³.

3. O PÓS-POSITIVISMO

Com a crise do positivismo jurídico, dá-se a superação dialética da antítese examinada no item anterior, a qual se convencionou chamar de pós-positivismo.

As traumáticas experiências levadas a cabo durante o Século XX, em plena efervescência do movimento positivista, levaram a um breve ensaio de retorno do jusnaturalismo no pós-guerra, logo sepultado em função das expectativas de segurança social e jurídica, reclamadas pela situação de “guerra-fria”.

Daí a necessidade do novo modelo. O jusnaturalismo se revelou insuficiente, sendo solapado em suas bases pelo positivismo. Este, por seu turno, também já se mostrava inadequado aos novos anseios sociais¹⁴.

Todavia, boa parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras ainda se guia pelo modelo positivista. Interessa saber até que ponto o positivismo foi (ou é) hegemônico no Brasil, inclusive dentro das faculdades de Direito.

Somente em 1988, com a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil, de índole marcadamente social e contida de textos oxigenados por aspirações libertárias, próprios de uma sociedade recém-saída de um regime ditatorial que imperou por duas décadas, é que o movimento jurídico passa a experimentar os influxos internacionais, no sentido de apontar para a superação dialética que ora se examina, também identificada como a segunda fase da dupla ruptura epistemológica na área do direito.

Todavia, ao que parece, os novos rumos do pensamento jurídico

ocidental não são suficientemente conhecidos por todos os que militam no meio forense, o que potencializa a perda de qualidade do sistema jurídico, na medida em que soluções orientadas de forma empírica, no mais das vezes obtidas através do singelo método silogístico clássico, não respondem adequadamente à demanda de justiça exigida pela sociedade plural e democraticamente organizada. O perigo de frustração das expectativas sociais neste campo se torna ainda mais visível quando se observa a maciça produção normativa infraconstitucional, que é aplicada acriticamente ao lado de um sem número de textos legislativos datados do século passado e, portanto, gerados sob a égide de um outro paradigma.

Observa-se, assim, a necessidade de resgate da racionalidade do discurso jurídico e da conexão entre jurisdição e democracia, a partir da reflexão crítica acerca do manancial normativo disponível.

Para tanto, o primeiro passo é visitar as principais idéias que dominam o palco das discussões jurídicas na atualidade.

4. A TÓPICA

Iniciemos analisando o movimento conhecido como tópica jurídica.

Tal corrente aparece como complemento da Teoria Pura do Direito, pois se caracteriza pela busca de uma metodologia para a escolha da decisão, dentre aquelas que se apresentem possíveis dentro do contexto da “moldura” normativa kelseniana. Como sintetiza Cláudio Pereira de S. Neto, “A proposta da teoria é justamente incluir no âmbito da teoria do Direito uma teoria da decisão judicial, que tome por base como efetivamente se constrói o raciocínio judiciário. Nesse sentido, a teoria pura do Direito deveria ser necessariamente completada pela tópica”¹⁵.

Como num resgate da antiga retórica grega, há uma grande fé na argumentação e “é através de argumentos razoáveis que a decisão logra obter a adesão da comunidade à qual se dirige”¹⁶.

O pressuposto é a existência dos *topoi*¹⁷, certos “lugares-comuns”, que vêm a ser idéias ou enunciados compartilhados pelo grupo, os quais funcionam como pontos de partida do discurso argumentativo, o qual objetiva a adesão de um “auditório”.

A busca pela melhor solução do problema, com base na busca do melhor argumento para conquistar a adesão do auditório, é a preocupação da tópica. Neste particular, convém assinalar que

A tópica enfatiza o problema e não a norma ou o sistema. Enquanto o

normativismo concebe o ato jurisdicional como ato de vontade, adstrito a limites definidos racionalmente, a tópica, ao contrário, nem valoriza a existência de limites para a decisão judicial estabelecidos prévia e normativamente, e nem, por outro lado, pensa o ato jurisdicional como mero ato de vontade. A norma é, para a tópica “pura”, apenas mais um topos a ser levado em consideração no processo argumentativo que leva à decisão do caso concreto. O que importa é causar a adesão do auditório composto pela comunidade jurídica e pela comunidade de cidadãos – para o que a norma pode ser útil, mas não possui, por outro lado, qualquer primazia necessária [...] Com ênfase nos valores, a tópica chama a atenção para o fato da efetividade do direito não tomar por base, apenas, a coercitividade que acompanha as decisões judiciais, mas também a adesão voluntária dos jurisdicionados, provocada pela força dos melhores argumentos¹⁸.

E aqui reside o aspecto que mais de perto nos interessa, dada a proximidade com o tema:

Para a tópica, a idéia de valores é intercambiável com a de princípios. Também os princípios são considerados como topoi aos quais o juiz pode recorrer como ponto de partida na fundamentação da decisão [...] Os princípios gerais do Direito são considerados por Perelman justamente como lugares específicos do direito [...] Isso leva a que o autor não considere os princípios como obrigatórios¹⁹.

Não é à toa que o autor citado faz referência a Perelman que, ao lado de Viehweg, constitui-se num expoente da tópica, também conhecida como “nova retórica”, sendo ele o responsável pela sistematização da idéia de “auditório”.

O grande mérito da abordagem tópica, em sua formulação dita “pura”, parece consistir justamente na viabilidade do “resgate do *senso comum*”²⁰, no que acaba por conferir uma conexão entre a jurisdição e a democracia. Com efeito:

Se argumentação jurídica tem como objetivo promover o convencimento de um jurista, mas também do homem comum, ela tem que abrir mão de justificar tecnicamente as decisões judiciais. Ela deve lançar mão de argumentos emergentes da realidade social; deve buscar satisfazer as expectativas normativas geradas espontaneamente no espaço público; deve, portanto, operar também com o senso comum. Ao contrário do positivismo jurídico, a tópica possui a preocupação fundamental de se coadunar com a teoria democrática²¹.

5. A TÓPICA “MITIGADA”: MÉTODO HERMENÊUTICO-CONCRETIZADOR DE HESSE E MÜLLER

É possível entrever que a tópica em estado puro, apesar da contribuição de ordem democrática, enseja um certo vazio em termos de segurança jurídica. Nesta linha de pensamento, surge o chamado método hermenêutico-concretizador, observado nas obras de Konrad Hesse e Friedrich Müller, como tentativa de preencher esse vazio de segurança.

A proposta é operar correções de ordem normativa na abordagem tópica, identificando limites normativos dentro dos quais tal abordagem se dará.

Hesse parte da idéia de força normativa da constituição como resposta à noção de constituição como “fatores reais de poder”, cunhada por Ferdinand Lassale²².

Para Hesse, a norma tem força vinculante, não é mero *topos*, e a tópica opera balizada pelo texto da norma. Isto confere estabilidade à Constituição através da admissibilidade de interpretações diferentes, sem alteração do texto constitucional, em torno de seu eixo ou núcleo duro (mutação constitucional), onde não é possível a modificação do texto (emenda). Somente o rompimento constitucional não é admitido, isto é, a alteração das linhas mestras ou cláusulas pétreas. Mas este núcleo duro se adapta às exigências sociais ao longo do tempo em função de ser permeável a novas interpretações, sobre uma mesma base textual inalterada e inalterável.

Müller, por sua vez, expressa maior racionalização metódica em contraste com Hesse²³. Propõe que a interpretação compreende a definição do “programa da norma” expresso no “texto da norma”. Trata-se de idéia convergente, mas não idêntica, à moldura kelseniana ou à textura aberta de Hart.

Müller chama de concretização o processo legal que parte da definição do programa da norma até a decisão, passando pela fase intermediária de definição do “âmbito da norma”, onde são utilizados os *topoi*. Assim, o programa da norma define os limites da tópica. Ou seja:

Antes de lançar mão da tópica, o magistrado deverá identificar o chamado programa da norma, que decorre do texto da norma, e pode ser identificado através da utilização dos elementos tradicionais de interpretação, acrescidos dos princípios de interpretação especificamente constitucionais. Feito isso, o magistrado chega a um rol de decisões possíveis. É aí que tem lugar a tópica. Essa deverá atuar no sentido de permitir que o magistrado justifique razoavelmente sua opção por uma – e não por outra – das interpretações possíveis. Percebe-se que, para este último ponto de vista, a norma possui primazia sobre o problema, mas o pensamento problemático não está

descartado, apenas balizado normativa e sistematicamente²⁴.

6. HÄRBELE E A “SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO”: A CONEXÃO ENTRE TÓPICA E DEMOCRACIA

Merece destaque a teoria de Peter Härbele, segundo a qual cada cidadão é intérprete da Constituição, já que vive sob o manto protetivo desta, e não apenas os órgãos designados para formular a interpretação vinculante, geralmente o Judiciário.

Partindo desta premissa, o autor identifica a necessidade de permear a decisão judicial aos influxos interpretativos emergentes de agentes não oficiais, fora do Estado. Para tanto, assume relevância o procedimento para a tomada da decisão, que será tanto mais adequado quanto maior for a possibilidade de efetiva influência na decisão por parte dos envolvidos.

O autor parte para além da noção de legitimação pelo procedimento, na forma como entendida por Niklas Luhman.

Também a “Legitimação pelo procedimento” no sentido de Luhman é uma legitimação mediante participação no procedimento. Todavia, trata-se de algo fundamentalmente diferente: participação no processo não significa aptidão para aceitação de decisões e preparação para se recuperar de eventuais decepções [...] Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um “aprendizado” dos participantes, mas de um “aprendizado” por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes²⁵.

Pode-se perceber que a racionalidade é situada no processo comunicativo e não mais no sujeito do magistrado. Todavia, é evidente que se exige do magistrado, bem como dos demais operadores do sistema jurídico, a racionalidade mínima suficiente para não fechá-lo, boicotando as interpretações exógenas, especialmente quando se trata de normas constitucionais, tão propensas a uma textura hiperaberta, em razão mesmo da necessidade de albergar valores e conferir estabilidade ao próprio sistema. Isto leva à necessidade de maior informação e inserção dos operadores no contexto social, fugindo ao isolamento característico que culmina por formar uma espécie de “tecnocracia judicial”.

7. OS PRINCÍPIOS NA OBRA DE DWORKIN

Ronald Dworkin aparece como um dos mais festejados autores contemporâneos. Sua compreensão do Direito o enquadra como sistema de regras e princípios, e não somente como um sistema de regras. Esta tomada de posição tem amplos reflexos.

Em primeiro lugar, é reconhecida a normatividade dos princípios, já que estes são espécie superior do gênero norma, o qual também compreende as regras, a outra espécie normativa. Afasta-se, assim, a antiga crença positivista segundo a qual os princípios teriam uma conotação fraca, aplicáveis apenas de forma subsidiária, em caráter supletivo e integrador do sistema, em caso de falta de regra aplicável²⁶.

Ora, sendo os princípios verdadeiras normas, ainda que de especial dignidade e natureza, até porque negar isto significaria não ter como sustentar o seu caráter vinculante, não é aceitável a dicotomia princípio-norma, senão após uma convenção didática no discurso, qual seja, a referência a princípio significaria referência a norma principiológica, enquanto a menção a norma representaria relação à simples regra ou preceito.

A propósito, convém gizar a lição de Bobbio, que vem ao encontro desta compreensão:

*Os princípios gerais são apenas, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A princípio leva a engano, tanto que é velha questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio da espécie animal, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?*²⁷

Catagórico é Paulo Bonavides para quem “fica para trás, já de todo anacrônica, a dualidade, ou, mais precisamente, o confronto princípio versus norma, uma vez que, pelo novo discurso metodológico, a norma é conceitualmente elevada à categoria de gênero, do qual as espécies vêm a ser o princípio e a regra. Isto já se acha perfeitamente elucidado, definido, reconhecido e difundido”²⁸.

Em segundo lugar, há uma forte preocupação em reduzir e até

mesmo eliminar a discricção judicial, utilizando-se os princípios como critérios para decisão, sobretudo nos chamados *hard cases*²⁹.

A questão que se põe é: como reconhecer os princípios? O autor propugna um método caracterizado como reconstrutivo. O juiz deve interpretar o ordenamento pressupondo-o um todo coerente. “A função do magistrado é a de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido [...] Enquanto o legislador constrói a ordem jurídica, o juiz a reconstrói”³⁰.

*O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada —, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade*³¹.

Contudo, o que se pretende não é a interpretação histórica no sentido de buscar pura e simplesmente a “vontade do legislador”. A base é a moralidade dinâmica que permite a atualização interpretativa.

Mas, para que se possa chegar à decisão correta, através da reconstrução racional do ordenamento, o autor cria a noção monológica do chamado “juiz Hércules”, o magistrado ideal, dotado de todas as habilidades e munido de todas as informações necessárias à hercúlea tarefa de descortinar o vasto horizonte jurídico e retirar do ordenamento a solução justa.

Note-se que a racionalidade se volta novamente para o sujeito, para o magistrado, que carece da reflexão teórica para iluminar o caminho de Hércules.

8. OS PRINCÍPIOS NA OBRA DE ALEXY

Robert Alexy concebe o Direito como um sistema de regras, princípios e procedimentos, buscando superar a concepção dworkiana.

Observe-se a manutenção dos avanços em termos de reconhecimento da normatividade dos princípios e diferenciação destes para com as regras.

Segundo Alexy, as regras são “mandatos definitivos”, enquanto os princípios são “mandatos de otimização”, pois permitem a sua aplicação em diferentes graus³².

Por conta disto, é fundamental compreender a sistemática adequada à resolução de conflitos normativos quando as normas em choque são de natureza principiológica, sistemática esta que é diferente da que ocorre

quando as normas conflitantes pertencem à categoria das meras regras.

De plano, Alexy ressalta a necessidade de ponderação para solução dos conflitos entre princípios, escolhendo-se racionalmente qual princípio deve prevalecer na solução do caso concreto, sem que se anule o princípio não aplicado, ao contrário do que se passa entre as regras, as quais são aplicadas ou não, resolvendo-se o conflito na base do *tudo ou nada*³³.

Digna de nota é a diferença abissal entre o pensamento de Alexy para com Kelsen, na medida em que este afirma não haver “nenhuma possibilidade de decidir racionalmente entre valores opostos”³⁴.

Por outro canto, Alexy aponta a insuficiência da noção monolítica do juiz Hércules de Dworkin, e parte para a necessidade de procedimentos adequados, isto é regras procedimentais que garantam a racionalidade da argumentação, com vistas à satisfação da pretensão de correção da resposta interpretativa final³⁵.

Note-se bem: deve-se buscar satisfazer a pretensão de correção, já que seria praticamente inatingível a correção absoluta. Assim, o importante é perseguir uma correção relativa, através de procedimentos adequados.

9. A RAZÃO COMUNICATIVA DE HARBEMAS

Alexy inspirou-se em Habermas, que criou o conceito de razão comunicativa, para expressar a racionalidade garantida pela discussão argumentativa.

*Na concepção positivista, a forma jurídica pode se adequar a qualquer conteúdo, inclusive aos de grande irracionalismo. Além disso, o positivismo negligencia o fato importante de que os jurisdicionados possuem expectativas normativas em relação ao texto legal. Para a efetividade social do direito é importante não somente sua dimensão de validade (que se define com referência ao direito produzido pelas autoridades estatais), e o aspecto da coerção, que a acompanha. É necessário também que o direito seja legítimo, e as decisões possam ser aceitas pela comunidade de jurisdicionados. Por isso, a racionalidade do ordenamento jurídico é fundamental para legitimá-lo, provocando o assentimento espontâneo do grupo social atingido*³⁶.

Com esta preocupação, Habermas constrói a sua concepção de legitimidade no procedimento, a partir da chamada razão comunicativa, a qual “somente pode ser entendida como alternativa à chamada *razão centrada no sujeito*”³⁷.

Mais uma vez a racionalidade se desloca do sujeito para o proces-

so de argumentação. “O fundamental é que as expectativas normativas geradas espontaneamente no espaço público possam afetar as decisões judiciais, rompendo com o caráter antidemocrático inserido no processo de autonomização do sistema jurídico”³⁸.

O autor tem em vista deslocar a razão do sujeito para o processo comunicativo, fazendo com que a própria razão seja o outro da razão, i. e., com que a autorreflexão crítica se processe através do olhar do outro. [...] O sujeito do conhecimento pode refletir sobre o conhecimento por ele produzido a partir da perspectiva do outro sujeito com quem dialoga. A razão comunicativa é, portanto, reflexiva visto que pode se expor à sua própria luz. [...] Essa perspectiva sinaliza para influência freudiana (dualidade pulsional) na obra do autor. [...] Daí decorre a exigência de formulação de regras não só referentes à estrutura dos argumentos, mas também aos aspectos éticos da interação discursiva: “tais condições procedimentais e pragmáticas garantem de modo ideal que todos os argumentos e informações relevantes sobre um tema, disponíveis numa determinada época, possam vir completamente à tona, isto é, possam desenvolver a força da motivação racional inerente a eles.” Essa distinção pode ser observada, e. g., na versão habermasiana do imperativo categórico kantiano, que é a seguinte: “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes do discurso racional.” Essa regra traduz um princípio de universalização de natureza dialógica, diferente do presente na obra de Kant, que é resolvido monologicamente³⁹.

10. O PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

Como observado, as novas exigências sociais forçam a evolução do pensamento jurídico contemporâneo, ante as insuficiências do positivismo jurídico. Essa evolução aponta para o resgate da racionalidade do discurso jurídico, verificando-se a tendência para centralizá-la muito mais no processo argumentativo do que nos sujeitos da argumentação.

Cláudio Pereira da S. Neto sintetiza o atual momento, identificando as tendências deste novo paradigma emergente, comparando-o com o paradigma anterior:

Note-se, por exemplo, que o paradigma liberal-positivista contém em si uma 1) teoria da norma constitucional, segundo a qual a) lei e constituição se identificam, b) a norma constitucional possui uma textura fechada, e c) a constituição é um sistema coerente e completo; 2) uma teoria da decisão, segundo a qual a) a aplicação da norma constitucional se identifica com a aplicação da norma infraconstitucional, b) não há que falar em ato de decisão, mas simplesmente de cognição, já que o ato

jurisdicional se esgota na aplicação de uma vontade pré-construída, c) o magistrado é capaz de, monologicamente, fazer uma leitura racional do texto normativo, sem a interferência de seus valores e interesses pessoais; 3) uma teoria da democracia segundo a qual a) a vontade estatal deve ser formulada pelo órgão que foi legitimado para tanto através do voto popular, o parlamento, e b) o magistrado deve se ater ao disposto no texto legal, senão estará usurpando a vontade popular. [...] o paradigma pós-positivista já sinaliza a consolidação de certas características gerais que se encontram na obra da maioria dos autores. Assim é que o paradigma pós-positivista, 1) no campo da teoria da norma constitucional, enfatiza, de forma mais ou menos homogênea, a) a presença dos princípios no ordenamento constitucional, e não só das regras jurídicas, b) a estrutura aberta e fragmentada da Constituição; 2) no campo da teoria da decisão, investe na a) reinserção da razão prática na metodologia jurídica, rejeitando a perspectiva positivista de que somente a observação pode ser racional, b) propõe uma racionalidade dialógica, centrada não no sujeito, mas no processo argumentativo, que c) vincula a correção das decisões judiciais ao teste do debate público; 3) no âmbito da teoria democrática propugna a) pelo caráter procedimental do processo democrático e b) pela possibilidade de limitação do princípio majoritário em nome da preservação da própria democracia⁴⁰.

Em suas conclusões, o mesmo autor arremata:

1) No âmbito da teoria da norma, a redução do direito às normas jurídicas que se manifestam na forma de regras tende a ser abandonada. Além das regras emergem com toda a força os princípios, que traduzem a preocupação fundamental de que o direito seja também justo. Os princípios atuam no ordenamento jurídico como reserva de justiça e, portanto, em razão de seu status predominantemente constitucional, servem como limites à atividade legislativa, além de fornecerem critérios normativos para a resolução dos casos difíceis. Além disso, caem por terra os dogmas da coerência e da completude do ordenamento jurídico. Em especial, a Constituição é considerada como constituição aberta e fragmentada, contendo muitas vezes dispositivos que apontam em sentidos diversos, de modo que, para concretizá-los, é necessária a utilização, por parte do magistrado, de recursos mais amplos que a mera lógica formal.

2) No âmbito da teoria da decisão, opera-se a reabilitação da razão prática. [...] Somente as proposições normativas que passem pelo teste do debate público podem ser consideradas racionais. [...]

3) No âmbito da teoria democrática, o caráter dialógico da racionalidade prática leva a que se valorize a formação do espaço público

autônomo (do aparato burocrático estatal) em que as pretensões normativas sejam objeto de intenso debate. A democracia é entendida, portanto, como participação, e não como mera representação. Além disso, os direitos individuais deixam de ter uma justificação metafísica para se apresentarem como condições fundamentais da interação comunicativa, viabilizadoras do processo democrático.

4) A legitimação da jurisdição constitucional será, portanto, obtida por duas vias combinadas fundamentais – através da conclusão de que o ato jurisdicional não é um ato de mera vontade, mas sim um ato racionalizado dialogicamente, e através da conclusão de que o princípio majoritário pode ser limitado pelo próprio procedimento democrático. Nessa perspectiva, os tribunais constitucionais são considerados como guardiões do processo deliberativo democrático⁴¹.

Convém então frisar a importância da boa interpretação dos direitos e garantias fundamentais para a manutenção da democracia. O Judiciário assume, desta forma, papel de relevo no regime, devendo esforçar-se para bem aplicar ditos direitos, atentando para o fato de que, na maior parte das vezes, justamente porque se trata de princípios, haverá a necessidade de ponderação, mormente nos chamados casos difíceis.

Entretanto, quais são os casos difíceis? Esta indagação pretende instigar o leitor a raciocinar que a utilização da lógica formal como método interpretativo, enraizada que se encontra no pensamento jurídico nacional e por conduzir à aplicação acrítica das regras positivas, pode culminar numa saída “fácil”, mas totalmente inadequada às exigências sociais ou expectativas normativas diante do caso concreto. Observar-se-á que o mais freqüente é o caso não ser difícil, mas o problema situar-se justamente em se adotar a saída “fácil”, porém inadequada.

Evidentemente, não cabe mais discutir amiúde o problema da supremacia da Constituição. Toma-se tal idéia como premissa fundamental, dentro da teoria constitucional. Dessa maneira, as normas que servem de fundamento de validade para todo o sistema infraconstitucional encontram-se veiculadas pelo texto da Constituição, implícita ou explicitamente, não sendo de todo ruim a utilização da formulação kelseniana de “fundamento de validade”.

Dentre as normas constitucionais, como vimos, as mais caras ao sistema são justamente os princípios, categorias normativas preñhes de valores porque encerram alta carga axiológica e atuam como “antenas”, captando os principais valores eleitos pelo grupo social.

É verdade que todas as normas se referem direta ou indiretamen-

te a um ou mais valores, isto é, é bastante possível identificar o valor que informa determinada regra, a partir do princípio que lhe serve de matriz. Ocorre que os princípios veiculam essencialmente valores, dado que representam nitidamente estes, são puro conteúdo, essência, ao passo que as outras categorias de normas representam limites, obedientes sempre ao conteúdo que bebem diretamente dos princípios, supernormas que lhe servem de fundamento.

Pois bem. Se os princípios são por excelência o encerramento normativo de valores, e se a Constituição é a expressão máxima destes valores eleitos pelo grupo, então é na constituição que iremos encontrar o *habitat* dos princípios.

Evidentemente, e aqui recorreremos à clássica distinção entre Constituição em sentido material e Constituição em sentido formal, há no texto constitucional uma parte que diz respeito às decisões políticas fundamentais: escolha do tipo de Estado, da forma de governo, do regime, a tripartição do Poder, os direitos e garantias fundamentais. Por outro canto, outras normas não se referem a estes aspectos, sendo consideradas constitucionais apenas porque formalmente o são, já que inscritas na Constituição.

Na primeira categoria, encontraremos os verdadeiros princípios constitucionais, os quais, por isto mesmo, servirão de norte tanto para a criação como para a interpretação de normas pelo Poder Constituído.

Por óbvio, este mesmo Poder Constituído também deverá interpretar a própria Constituição de forma sistêmica, à luz ou com a “lente” dos princípios, por ela mesma veiculados.

Neste processo, surgirá com certeza a hipótese de colisão entre princípios. É que os valores, conteúdo manifesto das normas principiológicas, são relativos, e freqüentemente colidem uns com os outros.

Como o Direito se pretende completo e de forma ordenada, os conflitos entre normas têm de ser pressupostos como aparentes. Isto é, havendo colisão entre normas, deve o intérprete encontrar a solução segundo a qual somente uma delas se aplique.

Conforme a lição de Alexy, acima examinada, no campo das simples regras, este fenômeno, o da colisão ou conflito aparente de normas, se resolve na dimensão de validade. O intérprete, recorrendo à hermenêutica, encontrará a norma verdadeiramente aplicável, afastando a incidência da não aplicável, podendo chegar à conclusão pela invalidade

total desta (revogação), e não apenas pela inaplicabilidade dela ao caso.

Esta última situação, pela qual se reconhece a “morte” de uma das normas em conflito, é denominada antinomia (*anti nomos*).

As coisas não se passam assim quando o conflito envolve normas principiológicas. Quando dois princípios estão em choque — o que não é raro, como dito alhures — tal conflito não se resolverá na dimensão de validade, como sói acontecer no plano das simples regras, mas sim na dimensão de prevalência.

Realmente, havendo colisão entre princípios, deverá o intérprete verificar qual destes deverá prevalecer no caso concreto, sem contudo anular o outro, isto é, sem revogar a norma que veicula o princípio não prevalente.

Outra solução não é possível. A uma, porque princípios são ou representam valores e os valores, embora em conflito na sociedade, não se anulam. A duas, porque, como visto, os princípios são veiculados naturalmente pelo Poder Constituinte e, destarte, não poderia haver incoerência deste a ponto de criar antinomias dentro do próprio texto constitucional¹⁴².

Os princípios têm, então, este condão de orientar a criação, a interpretação e a aplicação das demais normas, sejam estas subprincípios ou simples regras.

Como ensina o jurista Luís Roberto Barroso:

Feita essa sistematização preliminar, é preciso destacar o papel prático dos princípios dentro do ordenamento jurídico constitucional, enfatizando sua finalidade ou distinção. Cabem-lhes, em primeiro lugar, embasar as decisões políticas fundamentais tomadas pelo constituinte e expressar os valores superiores que inspiram a criação ou reorganização de um dado Estado. Eles fincam os alicerces e traçam as linhas mestras das instituições, dando-lhes o impulso vital inicial.

Em segundo lugar, aos princípios se reserva a função de ser o fio condutor dos diferentes segmentos do Texto Constitucional, dando unidade ao sistema normativo. Um documento marcadamente político como a Constituição, fundado em compromissos entre correntes opostas de opinião, abriga normas à primeira vista contraditórias. Compete aos princípios compatibilizá-las, integrando-as à harmonia do sistema.

E, por fim, na sua principal dimensão operativa, dirigem-se os princípios ao Executivo, Legislativo e Judiciário, condicionando a atuação dos poderes públicos e pautando a interpretação e aplicação de todas as nor-

mas jurídicas vigentes ⁴³.

Portanto, no estudo do caso a ser resolvido, deve o jurista partir do princípio, estudar o caso com “a lente” do princípio, a fim de alcançar a finalidade expressa no próprio princípio, num raciocínio que bem poderia ser representado por um movimento circular, donde se parte do princípio, mantém-se nos “trilhos” do princípio, a fim de se chegar ao princípio mesmo.

Daí porque compreendemos que o princípio jurídico é princípio, meio e fim. E daí a importância de ter o aplicador da norma, especialmente o juiz, um cuidado especial em matéria de princípios, segundo adverte o próprio Luís Roberto Barroso:

Os tribunais têm certa capacitação para lidar com questões de princípio que o Legislador e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o mistério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor ⁴⁴.

A noção de supremacia dos princípios enseja, portanto, a maior cautela e fidelidade ao seu cumprimento, já que, como afirmado por Celso Antônio Bandeira de Melo, em lição que já se torna clássica:

Princípio $\frac{3}{4}$ já averbamos alhures — é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque apresenta insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura neles esforçada ⁴⁵.

E não há necessidade de outra conclusão, senão a que chega Paulo Bonavides:

Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios como espécie diversificada do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a tal hegemonia e preeminência dos princípios⁴⁶.

Repassados assim os principais pontos que delineiam a nova forma de pensar o Direito, lembrando que não basta o discurso, antes é preciso concretizar os resultados da reflexão teórica, verifiquemos um exemplo concreto onde se poderá perceber a importância desta operação.

11. UM EXEMPLO CONCRETO: O PROBLEMA DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA NOS CRIMES SEXUAIS EM RAZÃO DA IDADE DA VÍTIMA

O art. 224, a), do Código Penal Brasileiro, é assim redigido: “*Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos;*”. Trata-se do velho estupro presumido.

Há que se indagar: diante do novo paradigma jurídico, a presunção de violência em sede penal, estabelecida pelo Poder Constituído, se conforma com a presunção de inocência estabelecida no art. 5º, LVIII, da Constituição Federal, pelo Poder Constituinte? Ou por outra, os princípios do moderno Direito Penal — direito penal da culpa — em seu repúdio à responsabilidade objetiva, aceita a presunção normativa de violência, seja ela qual for?

Inicialmente, cumpre avisar o óbvio tantas vezes negligenciado: o vetor interpretativo deve se configurar no sentido vertical descendente, partindo das normas constitucionais, em especial as de natureza principiológica, em direção às normas infraconstitucionais. O inverso seria subversão à supremacia da Constituição, um rematado absurdo.

Em segundo lugar, deve-se desconfiar da norma em apreço, na medida em que a mesma foi gerada em nada menos do que início dos anos 40, quando em plena efervescência o positivismo jurídico no Brasil.

Tal doutrina, não é demais lembrar, apesar das inegáveis conquistas no campo da cientificidade do Direito e superação do jusnaturalismo, especialmente no que diz com a teoria pura kelseniana, abriu margem para a fundamentação de regimes nazi-facistas, na medida em que dissociava legalidade e racionalidade normativas, “legitimando” ordenamentos jurídicos tão só pela observância de regras formais, relegando ao campo da discricionariedade judicial qualquer análise do conteúdo normativo material.

Por outro canto, também não se pode perder de vista que a referencial social daquela época era outro. Outros costumes, outra visão de mundo, outro jovem.

Partindo destas premissas, analisemos a presunção (ou estado) constitucional de inocência e os seus consectários no processo penal.

Convém não deslembrar que a presunção de inocência também se encontra no art. 8º, n. 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), vigente no país por força do Decreto nº 678, de 06.11.92, com especial atenção em função do § 2º do mesmo art. 5º da Constituição de 1988.

Um dos aspectos que tal presunção assume no processo penal é o de se desdobrar no campo probatório: quem acusa, deve provar. A distribuição do *onus probandi* é quase unilateral. Daí a assertiva de que a acusação deve buscar a remoção das dúvidas razoáveis, se não quiser ver absolvido o acusado o qual, *a priori*, nada deve provar, bastando negar os fatos como estratégia básica de defesa. Vale dizer, o órgão acusador deve provar integralmente os fatos constitutivos do *jus puniendi*.

Note-se que a presunção legal (infraconstitucional) de violência, desobriga o acusador de provar um elemento fático do tipo, o que colide frontalmente com a presunção constitucional de inocência, entendida como regra probatória.

Neste sentido, invoca-se a lição de Luiz Flávio Gomes, no direção de que

parte do tipo penal é concretizada pelo acusado (até aqui ele responde pelo que fez). A outra parte é realizada pelo Legislador (agora o agente responde pelo que o legislador presumiu). O acusado, em suma, se levarmos o raciocínio ao extremo, acaba respondendo por algo que foi feito pelo legislador, e não por ele. Seria o caso de se falar,

*desde logo, em responsabilidade penal objetiva*⁴⁷.

Ademais, não há crime sem conduta, sem fato. Como adverte o próprio Gomes, “pune-se o agente por ser o autor de um furto, não porque é ladrão (...) A culpabilidade no Direito Penal, em suma, é culpabilidade do fato isolado, não culpabilidade de caráter”⁴⁸. Destarte, a presunção de violência, na medida em que não passa de uma ficção de fato, e não um fato concreto, viola o princípio *nullum crimen sine actio*.

O ministro Vicente Cernichiaro, do Superior Tribunal de Justiça, em voto contido no acórdão no Recurso Especial 12.651, asseverou que

*Hoje, notadamente no quadrante do chamado Direito Penal da Culpa, banida a responsabilidade objetiva, o agente responde pelo que efetivamente fez (ou deixou de fazer). Jamais por aquilo que se possa presumir pudesse ter feito (ou deixado de fazer) [...] o Direito Penal da Culpa é incompatível com qualquer presunção de fato. Fato é fenômeno. Aconteceu ou não aconteceu. Não há meio termo*⁴⁹.

Ali, tratou-se do crime de corrupção de menores. Mais recentemente, o ministro tornou a lidar com a matéria, desta feita em relação ao estupro, como se vê do julgamento do Recurso Especial 46.424, assim ementado:

REsp - penal - estupro - presunção de violência - o direito penal moderno é direito penal da culpa. Não se prescinde do elemento subjetivo. Intoleráveis a responsabilidade objetiva e a responsabilidade pelo fato de outrem. A sanção, medida político-jurídica de resposta ao delinqüente, deve ajustar-se à conduta delituosa. Conduta é fenômeno ocorrente no plano da experiência. É fato. Fato não se presume. Existe, ou não existe. O direito penal da culpa é inconciliável com presunções de fato. Que se recrudesça a sanção quando a vítima é menor, ou deficiente mental, tudo bem. Corolário do imperativo da justiça. Não se pode, entretanto, punir alguém por crime não cometido. O princípio da legalidade fornece a forma, e o princípio da personalidade (sentido atual da doutrina) a substância, da conduta delituosa. Inconstitucionalidade de qualquer lei penal que despreze a responsabilidade subjetiva. Na hipótese dos autos, entretanto, o acórdão fundamentou a condenação na conduta do réu, que teria se valido de grave ameaça para conseguir o seu intento⁵⁰.

Para que não se pense, açodadamente, que a tese aqui esposada desampara vítimas de pedofilia, quando o agente não age com violência física, argumenta-se, de logo, que há de se distinguir a agressão sexual do abuso sexual.

Quando há efetiva violência, como no estupro de mulher maior,

capaz e consciente, sem nenhum enquadramento no rol do art. 224, estamos diante de uma agressão sexual. A liberdade sexual é cerceada através da violência ou da grave ameaça, que vencem a resistência da vítima.

Já nos casos em que a vítima não tem condições resistir ou de validamente manifestar o seu consentimento (não consente ou o seu consentimento não é tido por juridicamente válido), quer por idade, quer por deficiência mental bastante, quer ainda por qualquer outro motivo (rol do art. 224), estamos diante de um abuso sexual. A liberdade sexual é cerceada através de um abuso. O sujeito se aproveita da vítima, que é incapaz concretamente de oferecer resistência, em razão justamente da sua incapacidade de consentir⁵¹.

E aqui surge outra questão, relevante para o caso em apreço: quando a vítima não pode consentir validamente? Ou, em termos quicá mais apropriados à hipótese *sub oculo*, em que idade se considera que a vítima não pode consentir validamente? Qual o limite etário que baliza a validade do consentimento com o ato sexual?

Não se trata aqui de reavivar a tese da presunção relativa de violência, amplamente majoritária na jurisprudência e que fora referendada pelo famoso voto do ministro Marco Aurélio, hoje presidindo o Supremo Tribunal Federal, no HC 73662-9-MG⁵². É óbvio que, se acatarmos a impossibilidade de presunção de violência, não podemos sequer entendê-la como de natureza relativa.

O que se busca não é a relatividade ou não da presunção de violência, a partir da consciência ética da vítima em relação ao ato sexual. O objetivo é revelar qual a idade que foi eleita pelo legislador como norte relativo para aferir se o ofendido é ou não capaz de consentir validamente com o ato sexual.

Mais uma vez, socorremo-nos da esclarecedora monografia de Luiz Flávio Gomes, antes citada. O autor, em análise sistemática do ordenamento nacional vigente, identifica no Estatuto da Criança e do Adolescente a resposta à crucial indagação.

Parte ele da constatação de que o legislador enxerga no adolescente certa capacidade de compreensão de suas próprias ações, tanto que sujeito a medidas sócio-educativas, quando pratica conduta tipificada como crime, entendida no microssistema menoril como ato infracional (ECA, 112). Diferentemente ocorre com a criança, cuja resposta do sistema à conduta que se subsume em tipo penal são as medidas de proteção, de

natureza substancialmente diversa (ECA, 105).

É o próprio Estatuto quem difere adolescente de criança (art. 2º): até 12 anos de idade incompletos, criança; daí em diante e até os 18, adolescente.

Assim, o adolescente em regra teria a chamada consciência ética de sua liberdade sexual e das conseqüências de seus atos nesta seara, c que leva à conclusão pela sua capacidade de consentir validamente com o ato sexual, salvo, evidentemente, circunstâncias que revelem o contrário, tomado o caso concreto.

Já à criança, não lhe sendo reconhecida pelo legislador um mínimo de capacidade de discernimento, falta a dita consciência, o que redunde em incapacidade de validamente consentir, não se negando, entretanto, a possibilidade de raros casos de crianças mais próximas da idade limite (na pré-puberdade) que, por experiência, já se mostrem precocemente conhecedoras das coisas do sexo.

Ou seja, tudo depende, no fundo, do caso concreto, servindo a idade apenas como ponto de partida, indicativo da existência ou não do grau de consciência exigido para a validade do consentimento.

O referido autor, em passagem eloqüente, ilustra toda a angústia decorrente do entendimento tradicional:

[...] na hipótese de um menor com treze anos praticar uma relação sexual com uma menor da mesma idade, não podemos conviver com a anomalia verdadeiramente aporética de o menor ser sancionado primeiro porque entende, conforme o ECA (embora de acordo com a sua idade), o caráter (ético) sexual do ato e segundo porque a “vítima”, da mesma idade, por força de uma presunção do CP de 1940, não possui tal capacidade de compreensão. O menor é punido porque tem capacidade de entender o ato sexual e, contraditoriamente, também é punido exatamente porque a menor, da mesma idade, com quem ele manteve a relação sexual, não tem essa capacidade de compreensão! O menor é punido porque sabe o que faz e, absurdamente, também porque a menor, da mesma idade, não sabe o que faz! No ordenamento jurídico, considerado como algo harmônico, não existe espaço para tanta contradição⁶³.

De tal arte, a “saída fácil”, isto é, a assunção de que a presunção legal de violência está correta, porque emanada de processo legislativo formalmente regular, não resiste a um exame mais aprofundado.

É evidente que uma série de fatores, entre eles a comodidade do raciocínio silogístico, o despreparo, o hermetismo e o desestímulo intelectual por vezes observados nos operadores do sistema judicial, além da falta de adequada estrutura, sobretudo humana, e do volume crescente

de demanda por Justiça, contribuem decisivamente para a adoção das “saídas fáceis” da subsunção normativista, em detrimento da trabalhosa pesquisa e reflexão teórica com vistas a uma interpretação sistêmica, e por isto mesmo correta ou, pelo menos, mais consentânea com os atuais anseios sociais.

Não se pode, assim, deixar de concluir que “Os valores estão, sem dúvida, fora do âmbito da lógica formal e, por consequência, adequação de vários valores entre si e a sua conexão interna não se deixam exprimir logicamente, mas antes, apenas, axiológica ou teologicamente”⁵⁴ e que “Os pensamentos jurídicos verdadeiramente decisivos ocorrem fora do âmbito da lógica formal”⁵⁵.

12. CONCLUSÕES

Após as considerações desenvolvidas, é possível concluir que:

1. A antítese entre o jusnaturalismo e o juspositivismo operou uma ruptura com o modelo normativista, dando lugar a um novo “paradigma emergente”, que se convencionou chamar pós-positivismo.

2. Neste processo histórico, superada a crise de normatividade, os princípios saltam dos códigos para as constituições, amplificando a sua importância e exigindo melhor instrumental intelectual para sua correta aplicação.

3. Este novo paradigma exige maior reflexão teórica e crítica dos operadores do sistema, além da adequação do próprio sistema à captação das diferentes nuances interpretativas que emergem do contexto social, a fim de legitimar as decisões através da racionalidade procedimental argumentativa, com o fim último de levar em consideração as expectativas normativas do grupo. Há verdadeira necessidade de permeabilidade do sistema judiciário no sentido deste ser capaz de captar as expectativas normativas do grupo social e apreender os mutáveis significados dos princípios, inclusive e principalmente diante de casos concretos.

4. O procedimento racional de tomada de decisão assume dignidade como fator de legitimação, mas não se pode descuidar da humanização dos operadores do Direito, entendida como aprimoramento técnico permanente e adequado, aliado à inserção cultural.

5. A cultura positivista, a sobrecarga de processos, a demanda social por celeridade judicial e os excessos legiferantes contribuem, no Brasil, para a posição acrítica do sistema judicial diante de casos concretos,

representando fatores de deslegitimação democrática do Judiciário.

6. Responsabilidade legislativa, atribuição de atuais funções judiciais mecanicistas, meramente ordenadoras e administrativas, para *staff* auxiliar, formado por técnicos judiciários, maior e permanente investimento no aprimoramento dos juizes, inclusive estimulando o processo decisional criativo, são passos que podem trazer melhor qualidade e maior agilidade ao sistema, a curto prazo.

Findamos por alertar para a importância prática do que aqui fora discutido, se não bastar a exemplificação desenvolvida, valendo-nos da lição de Margarida Lacombe para quem

*Este tipo de discussão pode parecer a princípio, para um leitor preocupado com as prementes necessidades pragmáticas da vida profissional, um exercício excessivamente abstrato de reflexão teórica. No entanto, um olhar mais atento às transformações observadas nos dias de hoje em nosso ordenamento jurídico e ao modo pelo qual percebemos as regras necessárias à convivência democrática, impõe uma atenção toda especial à problemática relativa à argumentação nos tribunais*⁵⁶.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98, cópia *mimeo*.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: UnB, 1999.

_____. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 29. ed. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2002 (coleção Saraiva de legislação).

_____. Decreto nº 678, de 21 de outubro de 1992. *Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2002.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 16 de novembro de 2002.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. *Código Civil*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 50. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Diário Oficial da União de 17 de janeiro de 1973.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. *Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e dá outras providências*. Diário Oficial da União de 16 de julho de 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 46.424. Relator: Ministro Vicente Cernichiaro. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 14 de novembro de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 12.651. Relator: Ministro Vicente Cernichiaro. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 14 de novembro de 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 73.662-9-MG. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em <<http://gemini.stf.gov.br>>. Acesso em 14 de novembro de 2002.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica*. Cópia *mimeo*.

_____. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: RT, 2001.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris,

s.d..

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d..

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, s.d..

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1985.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: RT, 1978.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, s.d..

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 231.

² PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 395 e 396.

³ Neste sentido, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 87 e 88: “Em especial – e com razão – se tem destacado o papel da *Escola Histórica do Direito* na formação da metodologia positivista. Um dos maiores méritos da *Escola Histórica*, do ponto de vista da conformação do positivismo jurídico, parece ter sido o de minar as bases de sustentação do jusnaturalismo. Diferentemente do jusnaturalismo, a *Escola Histórica* enfatizava a particularidade e a ausência de racionalidade no fenômeno jurídico. Para ela, o direito não era produto da razão, mas antes produto da história; variava, portanto, de acordo com o tempo e o lugar”.

⁴ Neste sentido, BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 51 a 53.

⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 26.

⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 85.

⁷ Neste sentido: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 213.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 2.

¹⁰ *Idem*, p. 3.

¹¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 2. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1987, p. 366 e 367.

¹² HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s.d., p. 148.

¹³ Atual e pertinente para a demonstração desta insuficiência é a observação de Cláudio Pereira de Souza Neto: “No tocante a esse ponto específico — dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado —, a aplicação formal-silogística da norma constitucional, inobstante sua aparente simplicidade, gera uma série de problemas práticos que se juntam à insuficiência teórica do próprio modelo. Dentre os problema práticos decorrentes da aplicação mecânica do princípio da hierarquia das normas jurídicas, ou que são em função dela agravados, podem ser destacados, a título de exemplo, a “inautenticidade metodológica” e a “inércia” (ou “excessiva cautela”) por parte dos tribunais constitucionais, no julgamento de algumas questões cujos efeitos sejam socialmente negativos ou ponham em risco a governabilidade. A noção de “inautenticidade metodológica” traduz a idéia de que, na ausência de procedimentos regulares para que as consequências sociais da decisão sejam levadas em conta no processo decisório, torna-se usual, na prática dos tribunais, que os métodos derivados do modelo juspositivo acabam servido apenas para justificar, de forma adaptada, decisões anteriormente tomadas com base em critérios extrajurídicos. A escolha da norma aplicável ao caso, juntamente com a referência à doutrina e à jurisprudência, acabam servindo apenas para dar colorações de cientificidade às conclusões obtidas subjetivas e extrajuridicamente. Todavia, essas soluções nem sempre são bem sucedidas, principalmente quando a solução obtida no caso concreto está em frontal contradição com o texto legal. Além

disso, essa “inautenticidade metodológica” é posta às claras com a comprovação de que, com argumentos do mesmo tipo, pode-se chegar a soluções até mesmo frontalmente antagônicas. Do mesmo modo, os problemas ligados à ingovernabilidade têm levado algumas cortes constitucionais a serem extremamente reticentes no julgamento de ações de inconstitucionalidade, principalmente em sede controle concentrado”. Cf. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67 e 68.

¹⁴ Neste sentido: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica*. Cópia *mimeo*, p. 6, 7: “A lógica estritamente formal ignora o conteúdo das premissas. Considerando-se supostas afirmativas como verdadeiras, temos que: $A=B$ e $C=D$, então é correto dizer que $A=D$. A modernidade, amparada no pensamento de Descartes, acaba por valorizar a lógica formal, desde que as premissas que servirão de base ou ponto de partida para o raciocínio apresentem-se como evidentes, pondo de lado, portanto, premissas sujeitas à dúvida. Dessa forma, a verdade é aquela que pode ser obtida como resultado de um processo lógico-dedutivo, de natureza eminentemente formal, em que se reconhecem como certas as conclusões logicamente extraídas de determinados axiomas, tomando-se como falso tudo aquilo que é provável. [...] Tal processo, de relativa simplicidade, não se sustenta diante da complexidade democrática, quando o pluralismo de idéias e de interesses deve ser respeitado. E nesse sentido, o método jurídico positivista, da matriz kelseniana, que parte da norma dada, e sistematicamente organizada, para daí deduzir uma solução logicamente correta, não é suficiente às expectativas da justiça e nem aos anseios da democracia. [...] Daí falarmos hoje em pós-modernidade e pós-positivismo, ao buscarmos as bases de um novo paradigma. “Pós”, no sentido de que ambos se concentram antes no reconhecimento das insuficiências do paradigma da modernidade, do que na sua completa imprestabilidade. Não se trata de um resgate puro e simples do paradigma da modernidade, nem tampouco sua mera substituição. A idéia é antes aproveitar o que tal referência conquistou de positivo e redimensionar seus fundamentos”.

¹⁵ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 138.

¹⁶ *Idem*, p. 140.

¹⁷ Do grego, plural de *topos*.

¹⁸ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, De-*

mocracia e Racionalidade Prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 144, 145 e 149.

¹⁹ *Idem*, p. 150.

²⁰ *Idem*, p. 154

²¹ *Idem*, p. 157.

²² Cf. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, s.d., e LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1985.

²³ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Max Limonad, s.d..

²⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 164.

²⁵ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, s.d., p. 31 e 32.

²⁶ Resquício desta concepção são os arts. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e 126 do Código de Processo Civil Brasileiro, embora possamos interpretar a referência a princípios gerais de direito como *topoi* diferentes dos princípios constitucionais, e assim mais próximos de máximas de experiência, regras costumeiras ou senso comum.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10 ed. Brasília: UnB, 1999, p. 158.

²⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 248.

²⁹ "Casos difíceis".

³⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 237 e 238.

³¹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 271 e 272.

³² Cf. ALEXY, Robert. *Colisão e Ponderação como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais*. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, em 10.12.98, cópia *mimeo*, p. 11: "Segundo a definição básica da teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, *mandatos de otimização*

(*Optimierungsgebot*). Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e sobretudo por princípios”.

³³ *Idem*, p. 14 e 15: “O processo para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo; o outro, ao aspecto metodológico. Quem empreende ponderação no âmbito jurídico pressupõe que as normas entre as quais se faz uma ponderação são dotadas da estrutura de princípios e quem classifica as normas como princípios acaba chegando ao processo de ponderação. A controvérsia em torno da teoria dos princípios apresenta-se, fundamentalmente, como uma controvérsia em torno da ponderação. Outra é a dimensão do problema no plano das regras. Regras são normas que são aplicáveis ou não-aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige: nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto do fático e juridicamente possível. São *postulados definitivos* (*definitive Gebote*). A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção. [...] O postulado da ponderação corresponde ao terceiro subprincípio do postulado da proporcionalidade no direito constitucional alemão. O primeiro é o postulado da adequação do meio utilizado para a persecução do fim desejado. O segundo é o postulado da necessidade desse meio. O meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo. Constitui um fortíssimo argumento, tanto para a força teórica quanto prática da teoria do princípio que os três subprincípios do postulado da proporcionalidade decorram logicamente da estrutura principiológica das normas de direitos fundamentais e estas da própria idéia de proporcionalidade. Todavia, isto não poderá ser aprofundado aqui. Porém, pode-se examinar rapidamente o chamado postulado da proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que ele é um importante instrumento para a solução de colisões entre direitos. O postulado da proporcionalidade em sentido estrito pode ser formulado como uma lei de ponderação, cuja fórmula mais simples voltada para os direitos fundamentais diz: “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”. Segundo a lei de ponderação, esta há de se fazer em três planos. No primeiro plano, há de se definir a intensidade da intervenção. No segundo, trata-se de saber a importância dos funda-

mentos justificadores da intervenção. No terceiro plano, então se realiza a ponderação em sentido específico e estrito”.

³⁴ Kelsen, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 4.

³⁵ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 259: “O núcleo da teoria da argumentação de Alexy é um sistema de regras procedimentais que garantam a racionalidade da argumentação e de seus resultados”.

³⁶ *Idem*, p. 272.

³⁷ *Idem*, p. 275.

³⁸ *Idem*, p. 297. E ainda é preciso compreender que “O direito não é capaz de se auto-reproduzir por ele próprio, mas necessita estar aberto, para ser legítimo, aos impulsos de racionalização emanados do espaço público. Habermas destaca, em especial, a importância do surgimento de esferas públicas autônomas do aparato burocrático estatal. Essas esferas públicas autônomas são tendentes a possibilitar a formação democrática da vontade coletiva”. *Idem*, p. 299.

³⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 279, 280, 283 e 284.

⁴⁰ *Idem*, p. 12 a 14.

⁴¹ *Idem*, p. 336 a 338.

⁴² Vide BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. (trad. de COSTA, José Manuel M. Cardoso da.). Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

⁴³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 146.

⁴⁴ *Idem*, p. 157.

⁴⁵ MELO, Celso Antonio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: RT, 1978, p. 299 e 300.

⁴⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 265.

⁴⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: RT, 2001, p. 122.

⁴⁸ *Idem*, p. 123.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em <<http://>

www.stj.gov.br>. Acesso em 14 de novembro de 2002.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ Neste sentido: GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: RT, 2001.

⁵² Assim ementado: “COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA. Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exsurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224, alínea “a”, do Código Penal”. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 14 de novembro de 2002.

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. *Presunção de Violência nos Crimes Sexuais*. São Paulo: RT, 2001, p. 142.

⁵⁴ CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 30.

⁵⁵ *Idem*, p. 32.

⁵⁶ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 299.